Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

aus der Natur des Pfandrechts, wie es den Römern selbst erschien, und bei der zweiten handelt es sich nicht um die Grenze einer Singularität, die wir nicht überschreiten dürften, sondern würde es umgekehrt eine nicht zu erklärende Anomalie sein, wenn die Modalitäten, durch deren Zufügung die Bestellung einer Servitut dem Zweck der Verpfändung dienen kann, nur bei einigen wenigen oder bei einer einzigen Klasse erlaubt werden sollten.

XIII.

Ist die actio Pauliana durch vorausgegangene Concurseröffnung bedingt?

Von **Fitting.**

Wohl wenige Rechtsfragen dürften für die Praxis wichtiger sein und in den Gerichten häufiger zur Sprache kommen, als diejenige, ob es zu den Voraussetzungen der actio Pauliana gehöre, daß schon über das Vermögen des fraudulösen Schuldners formeller Concurs eröffnet worden sei. Da gleichwohl die neuere deutsche Rechtsliteratur über diese Frage so gut wie gänzlich schweigt, so darf ich vielleicht auf den Dank mancher Leser dieser Zeitschrift rechnen, wenn ich den darauf bezüglichen Theil der Entscheidungsgründe eines unlängst von unserm Spruchcollegium gefällten Urtheils hier mittheile. Es heißt dort:

Was zunächst das römische Recht anlangt, so mag es sein, daß vielleicht ursprünglich die Zulässigkeit der actio Pauliana von nichts weiter, als einer dolosen, für einen oder sämmtliche Gläubiger nachtheiligen Veräußerung abhängig gemacht wurde.[1]) Davon ist aber jedenfalls das spätere und namentlich das Justinianische Recht abgegangen, indem es zur Anstellung der

---

1) Cicero ad Att. I, 1; Schrader ad §. 6 I. de act. 4, 6 princ. und zu den Worten „bonis .... possessis“ a. E.

Pauliana eine bereits an einen oder mehrere Gläubiger des fraudulösen Schuldners geschehene missio in bona desselben erfordert:

§. 6 I. de act. 4, 6: „bonis eius a creditoribus ex sententia praesidis possessis."

L. 1 pr. D. quae in fraud. cred. 42, 8: „curatori bonorum."

Theophil. ad §. 6 I. cit. (nach der Reitzischen Uebersetzung): „creditoribus ex praesidis sententia bona debitoris possidentibus."

In den meisten Stellen wird sogar vorausgesetzt, daß die bona des Schuldners bereits vendita, excussa, distracta seien.[2]) Allein mit Rücksicht auf die vorhin angeführte Stelle der Institutionen und des Theophilus, und weil in L. 1 pr. h. t. die Klage ausdrücklich auch dem curator bonorum gegeben wird, kann die bereits erfolgte venditio bonorum doch nicht als ein unbedingtes Erforderniß der actio Pauliana angesehen werden. Häufig wird sich freilich erst nach wirklich geschehener venditio oder distractio bonorum mit Bestimmtheit übersehen lassen, ob ein oder mehrere Gläubiger und welche von den Gläubigern in Folge der fraudulösen Veräußerung wirklich ihre Befriedigung ganz oder zum Theil nicht erhalten haben, und nach den römischen Verhältnissen, wonach die missio in bona und die darauf folgende venditio oder distractio bonorum nicht blos als Concursverfahren, sondern auch bei völliger Zulänglichkeit des schuldnerischen Vermögens als Executionsverfahren diente, verhielt sich dies vielleicht in der weitaus überwiegenden Zahl der Fälle so. Es wird daher begreiflich, wie es kommt, daß die meisten Stellen zur Erhebung der actio Pauliana die bereits erfolgte excussio bonorum des Schuldners voraussetzen. Indessen gab es doch gewiß auch bei den Römern viele Fälle, wo sofort nach der missio in bona ganz unzweifelhaft feststand, daß das Vermögen zur Befriedigung der Gläubiger weitaus nicht hinreichend, und daß

2) L. 10 §. 1, 9, 10, 11, 18, L. 24, 25 §. 7 D. quae in fraud. cred. 42, 8, L 1, 5 C. de revocandis his 7, 75, L. 25 D. de reb. auct. iud. 42, 5.

dies ganz oder zum Theil durch fraudulöse Veräußerungen bewirkt sei. Und in solchen Fällen konnte nun auch sofort und noch vor der wirklichen venditio oder distractio bonorum die actio Pauliana (namentlich — was auch heutzutage das weitaus gewöhnlichste ist — vom curator bonorum im Namen der Gläubiger) gebraucht werden. So vereinigen sich also die Stellen ganz leicht, und ein Widerspruch ist nirgends vorhanden.

Mit Rücksicht auf diesen Standpunkt des neuesten römischen Rechtes ist nun auch in der modernen Literatur von jeher die herrschende Ansicht dahin gegangen, daß zur Anstellung der actio Pauliana die schon erfolgte missio in bona debitoris erforderlich sei, was von den meisten als gleichbedeutend mit der Eröffnung des formellen Concurses aufgefaßt worden ist. Ja die Mehrzahl der Schriftsteller will sich nicht einmal mit der bloßen Eröffnung des Concurses begnügen, sondern wegen der angeführten Stellen des Corpus iuris sogar die bereits geschehene excussio oder distractio bonorum verlangen.[3]) Nur verhältnißmäßig wenige Schriftsteller wollen die actio Pauliana unter Umständen und ausnahmsweise auch ohne Voraussetzung des schon eröffneten formellen Concurses gestatten, ohne freilich über die zu statuirenden Ausnahmsfälle einig zu sein. Peter Müller (Add. γ. ad Struvii Synt. Exerc. XLIV nr. 75) hält die vorgängige excussio bonorum nicht für erforderlich,

---

3) S. die Glosse „possessis" ad §. 6 I. cit., Bartolus und Paulus de Castro nach der summarischen Inhaltsangabe der L. 1 C. de revoc. his 7, 75 in den glossirten Ausgaben des Corpus iuris, Vinnius ad §. 6 I. cit. nr. 7, Voet, Comm. ad Pand. XLII, 8 §. 13, Struv, Syntagma. Exerc. 44 th. 78, Stryk, Us. modern. XLII, 8 §. IV, Schilter, Prax. iur. Rom. Exerc. XLVI §. 51, Hofacker, Princ. iur. civ. Rom.-Germ. §. 4589; s. auch not. e daselbst, Berger, Oecon. iur. Lib. II tit. II th. 34 not. 19, Hommel, Rhapsod. Obs. 539 §. 16 nr. 3, Curtius, Handb. des churſächs. Civilr. §. 583, 584, Mühlenbruch, Doctr. Pand. §. 206 bei not. 9, Mühlenbruch, Lehrb. §. 174, Wening-Ingenheim, Lehrbuch. 5. Aufl. §. 560 a. E. (bei not. k), Schrader ad §. 6 I. cit. verb. „bonis .... possessis", Unterholzner, Schuldverhältnisse II. S. 94. III, Puchta, Pand. u. Vorles. §. 380.

1) wenn der Schuldner eine species schulde,
2) wenn die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners notorisch sei,
3) wenn die exceptio excussionis vom Verklagten nicht vorgeschützt worden sei.

Die ersten beiden Ausnahmen erkennt auch an Lauterbach im Colleg. theoret.-pract. XLII, 8 nr. 11, 16, 19. Dagegen lehrt Günther in Weiske's Rechtslexikon II S. 785 fg., daß nach neuerem Rechte die actio Pauliana nicht blos nach eröffnetem Concurse und in demselben von der Gesammtheit der Gläubiger, sondern auch außer dem Concurse von einem einzelnen Gläubiger angestellt werden könne, und zwar dieses, wenn der Gläubiger seinen Schuldner ausgeklagt, aber bei der Execution keine volle Befriedigung erhalten habe. Dieser Ansicht schließt sich an Koch, Recht der Forderungen. 3. Ausg. Thl. III. S. 1226 fg. Vgl. auch Sintenis, Pract. gem. Civilrecht II. §. 124 II. Nr. 6 (bei Note 36). Die meisten der neueren Lehrbücher gehen über die Frage mit Stillschweigen hinweg.

Die neuere deutsche Praxis hat sich nach den in Seuffert's Archiv mitgeteilten Entscheidungen durchgängig ebenfalls auf den Standpunkt gestellt, daß die Eröffnung des formellen Concurses zur Erhebung der actio Pauliana nicht unbedingt erfordert werde. Nur wollen einige Gerichte blos für den Fall eine Ausnahme machen, wenn nur Ein (bekannter) Gläubiger vorhanden und daher die Concurseröffnung unmöglich sei[4]), während andere die actio Pauliana überhaupt dann gestatten, wenn ausgemittelt sei, daß eine Verkürzung der Gläubiger wirklich stattfinde, sei es nun, daß diese in einem eröffneten Concurse ihre Befriedigung nicht vollständig erhalten, oder daß das blose Executionsverfahren wegen Mangels an Executionsmitteln erfolglos geblieben sei.[5]) Noch weiter geht das Oberappellationsgericht zu Lübeck (Seuffert XI Nr. 321), indem es die Ansicht aufstellt, daß es gegenwärtig, wo die

4) O. A. G. zu Kassel bei Seuffert III S. 267; O. A. G. zu Darmstadt ebendas. XI. S. 464.

5) O. A. G. zu München bei Seuffert III Nr. 247, 251; A. G. zu Leipzig und O. A. G. zu Dresden ebendas. III Nr. 251.

römische Form der Execution nicht mehr bestehe, genügen müsse, wenn über die Insolvenz des Schuldners auf irgend eine Weise Gewißheit hergestellt werde, dem Gläubiger also auch eine directe Beweisführung darüber zu gestatten sei.

Mit dieser letzten weitestgehenden Meinung kann man indessen nicht einverstanden sein, weil damit in der That das ganze Erforderniß des eventus fraudis aufgegeben und alles blos noch darauf abgestellt wird, daß ein Schuldner in doloser Absicht eine Veräußerung vornimmt, wodurch er sich in den Zustand materieller Insolvenz versetzt oder die schon vorhandene materielle Insolvenz noch vergrößert. Auch ist nicht abzusehen, warum nicht bei den Römern eben so gut, als heutzutage, ein directer Beweis der Insolvenz des Schuldners denkbar und möglich gewesen sein sollte, und warum sich also nicht auch die Römer trotz ihres abweichenden Executionsverfahrens mit einem solchen directen Beweise begnügt, sondern vielmehr die erfolgte missio in bona und, wie das O. A. G. zu Lübeck annimmt, sogar die schon geschehene venditio bonorum als Voraussetzung der actio Pauliana gefordert haben sollten, wenn sie das Erforderniß des eventus fraudis wirklich in nichts anderem, als in der erwiesenen Insolvenz des Schuldners erblickt hätten. Der eventus fraudis besteht vielmehr, wie namentlich L. 10 §. 1, 6, 8, L. 15 D. quae in fraud. cred. 42, 8 deutlich zeigen, darin, daß zufolge einer fraudulösen Veräußerung ein Gläubiger trotz erlangter missio in possessionem, d. h. also vom Standpunkte des römischen Rechtes trotz eines eingeleiteten gerichtlichen Executions- und Concursverfahrens, seine Befriedigung ganz oder theilweise nicht erlangen kann. Ehe der Gläubiger missio in possessionem nachgesucht und erlangt hat, ist immer noch denkbar, daß ihn der Schuldner freiwillig, etwa auf Kosten anderer Gläubiger, befriedigt, und in diesem Fall fehlt es nach Ausweis obiger Stellen am eventus fraudis, wenn auch vielleicht früher einmal der Schuldner eine in Bezug auf jenen Gläubiger fraudulöse Verminderung seines Vermögens vorgenommen hatte.

Man muß daher auch heutzutage ungeachtet des gänzlich veränderten Executions- und Concursverfahrens und ungeachtet

beides formell nicht mehr, wie bei den Römern, zusammenfällt, für die Statthaftigkeit der actio Pauliana außer der fraudulösen Veräußerung selbst verlangen, daß gegen den fraudator bereits ein Executions- oder Concursverfahren eingeleitet ist und darin wegen der fraudulösen Veräußerung ein oder mehrere Gläubiger ganz oder theilweise ohne Befriedigung bleiben. Es erhellt aber zugleich, daß es auf der andern Seite zu eng und dem Sinn und Geiste des römischen Rechtes widerstreitend ist, wenn man die actio Pauliana nur erst gerade nach Eröffnung des formellen Concurses über das Vermögen des Schuldners gestatten will. Vielmehr muß auch schon ein bloses, ganz oder theilweise erfolgloses Executionsverfahren für hinreichend angesehen werden, weil, wie schon bemerkt, die missio in bona und die darauf folgende venditio bezw. distractio bonorum bei den Römern nicht blos als Concurs-, sondern auch als Executionsverfahren diente. Es hieße demnach das Gebiet der actio Pauliana in ganz ungebürlicher und dem wohlverstandenen römischen Rechte nicht entsprechender Weise beschränken, wenn man heutzutage, wo sich jene beiden Functionen in formell verschiedene Arten des Verfahrens gespalten haben, nur noch die eine und nicht mehr die andere als genügende Voraussetzung der actio Pauliana anerkennen wollte.